

George John Bergstrom *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: December 9; 1981: May 11.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Defence — Compulsion — Charge of rape — "Assisting in rape" precluded from the defence but not rape — Appellant claiming duress — Whether or not rape excluded from defence of compulsion — If available, whether or not sufficient evidence to put defence to the jury — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17.

This appeal concerned the application of the defence of compulsion or duress, provided in s. 17 of the *Criminal Code*, to rape. Appellant, who admitted the acts of intercourse against the complainant's will and without her consent, gave no evidence at trial but found an evidentiary base for his defence in the evidence of other witnesses and a long statement that he made to the police. Complainant had been first raped by one Durack, while appellant waited near the car, and then by appellant. Although appellant had initially refused to have intercourse with the complainant when ordered to do so by Durack, he complied because he said he feared for his life. Durack was a violent man and armed with a knife. Complainant testified that she was forced to perform further sexual acts with both men. Despite the relative proximity of a farm-house which could have provided both appellant and complainant with assistance, appellant did not take advantage of his opportunities to escape—at least two and perhaps three rapes occurred.

The case raised two clear issues. Did the defence of compulsion described in s. 17 of the *Criminal Code* apply to rape or did the section's wording exclude it, and assuming the defence did apply, was there sufficient evidence in this case to warrant the putting of the defence to the jury?

Held: The appeal should be dismissed.

George John Bergstrom *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 9 décembre; 1981: 11 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Défense — Contrainte — Accusation de viol — Exclusion de la défense «l'aide à l'accomplissement d'un viol» mais non le viol — L'appellant invoque la contrainte — Le viol est-il exclu de la défense de contrainte? — S'il ne l'est pas, y a-t-il une preuve suffisante pour soumettre ce moyen de défense au jury? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17.

Ce pourvoi soulève des questions relatives à l'application de la défense de contrainte, prévue à l'art. 17 du *Code criminel*, au viol. L'appellant, qui a admis les rapports sexuels contre la volonté de la plaignante et sans son consentement, n'a pas témoigné au procès mais il a appuyé sa défense sur le témoignage d'autres témoins et sur une longue déclaration qu'il a faite à la police. La plaignante a d'abord été violée par un nommé Durack, pendant que l'appellant attendait à l'extérieur de l'auto, et ensuite par l'appellant. Même si l'appellant a initialement refusé d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante sur l'ordre de Durack, il a acquiescé parce qu'il disait craindre pour sa vie. Durack était un homme violent et était armé d'un couteau. La plaignante a témoigné qu'elle a été forcée à avoir d'autres rapports sexuels avec les deux hommes. Malgré qu'il y avait dans le voisinage une maison de ferme où l'appellant et la plaignante auraient pu trouver de l'aide, l'appellant n'a pas profité de cette occasion de s'échapper—au moins deux et peut-être trois viols ont été commis.

La présente affaire soulève deux questions évidentes. La défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel* s'applique-t-elle au viol ou est-elle exclue par le texte de l'art. 17 et, en supposant que la défense s'applique, y avait-il en l'espèce une preuve suffisante pour justifier de soumettre ce moyen de défense au jury?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The defence of compulsion applied to all criminal offences, except those excluded, and only became effective to protect an accused where it could be shown that the accused had in fact actually committed the offence.

“Assisting in rape” was among the excepted offences; rape was not specifically mentioned. The expression “assisting in rape” was descriptive of participation in rape and could exclude, and in its use in the *Criminal Code* was intended to exclude, the crime of rape whether committed by one acting as ravisher or by one who participated by assisting. As rape was a crime where certain persons could only be convicted as aiders, the words “assisting in rape” broadened, rather than restricted, the exclusion and brought into the exclusion from the defence those whose liability depended upon assisting in the commission of rape, as well as the rapers in fact. The phrase was never intended to include persons assisting to the exclusion of persons actually committing the crime of rape.

The meaning of the words “assisting in rape” was not strained by this interpretation because they were used in the sense that they “import[ed] either active participation or cooperation, or intended encouragement”.

R. v. Folkes and Ludds (1832), 1 Mood. 354; *R. v. Gray and Wise* (1835), 7 Car. & P. 164; *R. v. Crisham* (1841), Car. & M. 187; *R. v. Lord Baltimore* (1768), 4 Burr. 2179; *R. v. Audley (Lord)* (1631), St. Tr. 401; *R. v. Ram and Ram* (1893), 17 Cox C.C. 609; *R. v. Eldershaw* (1828), 3 Car. & P. 396, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, allowing an appeal from the judgment of Wright J. and directing a new trial. Appeal dismissed.

Norm Cuddy, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., and *H. J. Whitley*, for the respondent.

¹ [1980] 3 W.W.R. 146; (1980), 52 C.C.C. (2d) 407; (1980), 13 C.R. (3d) 342.

La défense de contrainte s'applique à toutes les infractions criminelles sauf celles qui sont exclues. Elle ne peut être accueillie que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction.

«L'aide à l'accomplissement d'un viol» est une des infractions exclues; le viol n'est pas mentionné de façon spécifique. «L'aide à l'accomplissement d'un viol» est une expression qui décrit la participation au viol et peut exclure et, dans son emploi au *Code criminel*, doit exclure le crime de viol, qu'il soit commis par celui qui agit physiquement ou par celui qui y prend part en aidant à le commettre. Comme le viol est un crime où certaines personnes peuvent être déclarées coupables uniquement pour avoir aidé à le commettre, les mots «aide à l'accomplissement d'un viol» visent à élargir plutôt qu'à restreindre l'exception et à nier ce moyen de défense aux personnes dont la responsabilité vient de ce qu'elles ont aidé à l'accomplissement d'un viol comme à ceux qui ont effectivement commis le viol. Cette expression n'a jamais visé à comprendre les personnes qui aident à l'accomplissement d'un viol à l'exclusion des personnes qui le commettent réellement.

Le sens des mots «aide à l'accomplissement d'un viol» n'a pas été déformé par cette interprétation parce que ces mots ont été employés dans le sens qu'ils indiquent une participation active ou la coopération, ou l'encouragement volontaire.

Jurisprudence: *R. v. Folkes and Ludds* (1832), 1 Mood. 354; *R. v. Gray and Wise* (1835), 7 Car. & P. 164; *R. v. Crisham* (1841), Car. & M. 187; *R. v. Lord Baltimore* (1768), 4 Burr. 2179; *R. v. Audley (Lord)* (1631), St. Tr. 401; *R. v. Ram and Ram* (1893), 17 Cox C.C. 609; *R. v. Eldershaw* (1828), 3 Car. & P. 396.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui a accueilli un appel du jugement du juge Wright et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Norm Cuddy, pour l'appellant.

J. G. B. Dangerfield, c.r., et *H. J. Whitley*, pour l'intimée.

¹ [1980] 3 W.W.R. 146; (1980), 52 C.C.C. (2d) 407; (1980), 13 C.R. (3d) 342.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal from a decision of the Court of Appeal for Manitoba (Monnin and Matas J.J.A., Huband J.A. dissenting) raises questions concerning the application of the defence of compulsion or duress, provided for in s. 17 of the *Criminal Code*.

The facts of the case are not seriously disputed. The complainant, a young woman then aged twenty-five, went alone to a beer parlour in a Winnipeg hotel. She wished to hear a band which performed there. She arrived about 8:30 or 9:00 p.m. and shortly thereafter was asked to join a group at another table. The group, including the complainant, remained in the beer parlour until it closed about 1:30 a.m. They then left for a party at a private apartment in Winnipeg. The appellant and a man named Durack were also at the party which lasted until about 4:30 a.m. During this affair, as in the beer parlour earlier, there was a good deal of drinking. Shortly before departure from the party, there was some discussion between Bergstrom and the complainant about driving the complainant home. Bergstrom agreed to take the complainant to her home in his car but, because he did not have a driver's licence, Durack was to drive as far as his (Durack's) home where he would get out and leave Bergstrom to take the complainant the remainder of the way. The journey commenced but, instead of driving to his home, Durack drove the car out of the city to a point some twenty miles north of Winnipeg. The complainant passed out during the course of the journey, presumably because of the amount of liquor she had consumed. Bergstrom, in a statement to the police, said that he had protested to Durack when he realized that he was not driving to his home as planned, and that when questioned on the subject a second time Durack produced a knife and ordered him to be quiet.

Durack drove off the road passing nearby a farm-house and stopped in a field. He ordered the complainant, now reawakened, to get into the back seat of the car and over her protests and after threatening her with violence he terrorized her into submitting to intercourse. While this was going on,

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin et Matas, et le juge Huband, dissident) soulève des questions relatives à l'application de la défense de contrainte, prévue à l'art. 17 du *Code criminel*.

Les faits en l'espèce ne sont pas vraiment contestés. La plaignante, une jeune femme alors âgée de vingt-cinq ans, est entrée seule dans un bar d'un hôtel de Winnipeg. Elle voulait entendre l'orchestre qui y jouait. Elle est arrivée vers 20 h 30 ou 21 h et peu de temps après, un groupe assis à une autre table lui a demandé de se joindre à lui. Le groupe, y compris la plaignante, est resté au bar jusqu'à la fermeture vers 1 h 30. Ils sont alors allés à une partie dans un appartement privé de Winnipeg. L'appelant et un nommé Durack étaient aussi présents à la partie qui a duré jusque vers 4 h 30. Au cours de la partie, comme plus tôt au bar, les personnes présentes ont consommé beaucoup de boisson. Peu de temps avant de quitter, Bergstrom et la plaignante ont parlé de reconduire la plaignante chez elle. Bergstrom a accepté de reconduire la plaignante dans son auto, mais comme il n'avait pas de permis de conduire, Durack devait conduire jusque chez lui (chez Durack) où il descendrait et laisserait Bergstrom conduire la plaignante jusque chez elle. Après le départ, au lieu de se rendre chez lui, Durack a conduit l'auto hors de la ville, à un lieu situé à quelque vingt milles au nord de Winnipeg. La plaignante s'est évanouie en chemin, probablement sous l'effet de la boisson qu'elle avait prise. Dans une déclaration faite à la police, Bergstrom a affirmé avoir protesté auprès de Durack lorsqu'il s'est rendu compte qu'il n'allait pas chez lui comme prévu, et que lorsqu'il a protesté une deuxième fois, Durack a sorti un couteau et lui a ordonné de se tenir tranquille.

En passant près d'une maison de ferme, Durack a quitté la route et s'est arrêté dans un champ. Il a ordonné à la plaignante, alors ranimée, de prendre place sur la banquette arrière et, malgré ses protestations et après l'avoir menacée de violence, il a obtenu par la terreur qu'elle se soumette à des

Bergstrom was outside the car. When Durack was finished he ordered Bergstrom to have intercourse with the complainant. Bergstrom, in his statement, said he refused to indulge in sexual intercourse with the complainant but he feared Durack would use his knife and complied with Durack's demand that he do so. On Durack's orders, the complainant performed fellatio on both men. Each man had intercourse against her will and, while her memory is vague as to detail and the sequence of events, according to her evidence there were further acts of intercourse and there was no denial of them by either accused. Despite her screams and her request to Bergstrom on at least one occasion for help, the rapes were completed and no attempt was made at the trial to assert that the acts of intercourse occurred with the consent of the complainant. It was common ground that she did not consent and her resistance and protests were overcome by her fear.

The attacks upon the complainant all took place in the back seat of the car. While Durack was raping the girl, Bergstrom was either in the front seat or, on one occasion at least, out of the car. There was a farm-house in the vicinity. How far it was across the field is not revealed in the evidence. Bergstrom said in his statement, however, that he had left the car door open when Durack was raping the girl so that her screams might be heard. No lights came on in the house, and he 'guessed' that its occupants had not heard. Bergstrom expressed fear of Durack and said that he was a dangerous man who had knifed a friend of Bergstrom and who, at the party that evening, had threatened another person with a knife. Bergstrom said he feared for his life at the hands of his violent associate, but it is nonetheless clear that he had no less than two and probably three clear chances to escape and the relative proximity of the farm-house could have provided a source of assistance, not only for himself but for the complainant. When these events were terminated the complainant was driven home and the two men left her.

Bergstrom and Durack were arrested. Durack pleaded guilty to rape and was sentenced to four

rapports sexuels. Pendant ce temps, Bergstrom était à l'extérieur de l'auto. Après qu'il eut fini, Durack a ordonné à Bergstrom d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante. Dans sa déclaration, Bergstrom a dit avoir refusé de se livrer à des rapports sexuels avec la plaignante mais par crainte que Durack utilise son couteau il a acquiescé à sa demande. Sur l'ordre de Durack, la plaignante a eu des rapports sexuels oraux avec les deux hommes. Chacun a eu des rapports contre sa volonté et, même si elle se souvient vaguement des détails et de la suite des événements, il y a eu d'autres rapports qu'aucun accusé n'a nié. Malgré les cris de la plaignante et la demande qu'elle a faite au moins une fois à Bergstrom de lui venir en aide, les viols ont été commis et on n'a pas tenté de soutenir, au procès, que la plaignante a consenti aux rapports sexuels. Il est reconnu qu'elle n'a pas consenti et que sa peur a vaincu sa résistance et ses protestations.

Les assauts contre la plaignante sont tous survenus sur la banquette arrière de l'automobile. Pendant que Durack violait la fille, Bergstrom était soit sur la banquette avant, soit, au moins une fois, à l'extérieur de l'auto. Dans le voisinage, il y avait une maison de ferme. La preuve n'indique pas à quelle distance elle se trouvait. Dans sa déclaration, Bergstrom affirme qu'il a laissé la portière de l'auto ouverte lorsque Durack violait la fille de sorte que ses cris puissent être entendus. Aucune lumière n'est apparue à la maison, et il a «supposé» que les habitants n'ont rien entendu. Bergstrom exprime la crainte qu'il avait de Durack et affirme qu'il était un homme dangereux qui avait poignardé un de ses amis (de Bergstrom) et qui, au cours de la partie ce soir-là, avait menacé une autre personne d'un couteau. Bergstrom dit que son violent compagnon lui faisait craindre pour sa vie, mais il est néanmoins évident qu'il a eu au moins deux et probablement trois bonnes chances de s'échapper et qu'il aurait pu trouver à la maison de ferme voisine de l'aide non seulement pour lui-même, mais pour la plaignante. A la suite de ces événements, la plaignante a été reconduite chez elle et les deux hommes sont partis.

Bergstrom et Durack ont été arrêtés. Durack a plaidé coupable de viol et a été condamné à quatre

years in the penitentiary. Bergstrom was charged with rape and acts of gross indecency. He was tried by judge and jury and acquitted on both counts. He admitted the acts of intercourse against the complainant's will and without her consent. His sole defence was that of compulsion under s. 17 of the *Criminal Code*. He gave no evidence at his trial, but found an evidentiary base for his defence in the evidence of other witnesses and on a long statement he made to the police, which was put in evidence by the Crown.

This case raises two clear issues. Does the defence of compulsion described in s. 17 of the *Criminal Code* apply to the crime of rape or is it excluded by the wording of the section and, assuming the defence does apply, was there in this case sufficient evidence to warrant the putting of the defence to the jury?

In the Court of Appeal the majority were of the opinion that there was not sufficient evidence to warrant the putting of the defence of compulsion under s. 17 of the *Criminal Code* to the jury, and they allowed the appeal and directed a new trial finding it unnecessary to deal with the first question raised. Huband J.A., dissenting, was of the view that the trial judge made no error in the matter and would have dismissed the Crown's appeal.

I will consider first the question of whether the defence of compulsion is open on a charge of rape. Section 17 of the *Code* provides for the defence in these words:

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if he believes that the threats will be carried out and if he is not a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, assisting in rape, forcible abduction, robbery, causing bodily harm or arson.

ans de pénitencier. Bergstrom a été accusé de viol et d'avoir commis des actes de grossière indécence. Son procès s'est tenu devant un juge et un jury, et il a été acquitté sous les deux chefs. Il a admis les rapports sexuels contre la volonté de la plaignante et sans son consentement. Son seul moyen de défense était la contrainte en vertu de l'art. 17 du *Code criminel*. Il n'a pas témoigné à son procès, mais il a appuyé sa défense sur le témoignage d'autres témoins et sur une longue déclaration qu'il a faite à la police, et que la poursuite a produite.

La présente affaire soulève deux questions évidentes. La défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel* s'applique-t-elle au crime de viol ou est-elle exclue par le texte de cet article et, en supposant que la défense s'applique, y avait-il en l'espèce une preuve suffisante pour justifier de soumettre ce moyen de défense au jury?

En Cour d'appel, la majorité a exprimé l'avis qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour justifier de soumettre au jury la défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel*; elle a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès en décidant qu'il n'était pas nécessaire de répondre à la première question. Le juge Huband, dissident, a formulé l'avis que le juge du procès n'a pas erré en l'espèce et que l'appel de la poursuite devait être rejeté.

J'examinerai d'abord la question de savoir si, dans une accusation de viol, on peut soulever la défense de contrainte. L'article 17 du *Code criminel* prévoit ce moyen de défense en ces mots:

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle n'est partie à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte; mais le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à l'accomplissement d'un viol, le rapt, le vol qualifié, l'infliction de blessures corporelles ou le crime d'incendie.

The defence applies, in accordance with the conditions expressed in the section, to all criminal offences except those which are excluded. It can only become effective to protect an accused when it can be shown that the accused has, in fact, actually committed the offence. Where it applies, the commission of the offence is excused. Bergstrom was charged with the commission of rape and there was ample evidence drawn from his own statement and from the testimony of the complainant to establish beyond any reasonable doubt that he committed rape. His sole defence rests upon the assertion that he carried out the crime under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from Durack who was present at the time. Before any examination need be made of the evidence of threats, fear, and the existence of compulsion in fact, it must be decided if the section has any application to this case.

Rape is not mentioned specifically as one of the excepted offences in s. 17. What is excepted is described as "assisting in rape". The meaning which may be attributed to those words must be determined. Counsel for the appellant pointed out that there is no offence described in those terms under the criminal law of Canada and, therefore, the words were not of significance. Counsel for the Crown contended that the words included "rape" and that, as a result, rape was an excepted offence under s. 17 and that the defence under the section could not apply.

The words "assisting in rape" are a curious feature of s. 17. They have appeared in this section and in its predecessors ever since the passing of the first *Criminal Code* of Canada in 1892. They were taken directly from the *Draft Code* of 1879 which was an appendix to the *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences* in the United Kingdom, which made its report in 1879. Forming as they do part of the statute, a meaning must be attributed to them because it cannot be presumed that they are, or were intended to be, meaningless. What then did the words "assisting in rape" mean when they were employed in the *Draft Code* and

Conformément aux conditions prévues à cet article, ce moyen de défense s'applique à toutes les infractions criminelles sauf celles qui sont exclues. Il ne peut être accueilli que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction. Bergstrom a été accusé d'avoir commis un viol, et il y a suffisamment de preuves dans sa propre déclaration et dans le témoignage de la plaignante pour établir hors de tout doute raisonnable qu'il a commis le viol. Son seul moyen de défense repose sur l'affirmation qu'il a commis le crime sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part de Durack qui était alors présent. Avant d'examiner la preuve de menaces, de crainte et l'existence réelle de contrainte, il faut décider si cet article s'applique en l'espèce.

L'article 17 ne mentionne pas de façon spécifique que le viol est une des infractions auxquelles la défense de contrainte ne s'applique pas. L'infraction exclue est «l'aide à l'accomplissement d'un viol». Il faut établir le sens qu'on doit donner à ces mots. L'avocat de l'appelant a souligné que le droit pénal canadien ne prévoit aucune infraction rédigée en ces termes et que, par conséquent, ces mots n'ont aucune portée. L'avocat de la poursuite a soutenu que ces mots comprennent «le viol» et que, par conséquent, le viol est une infraction exclue aux termes de l'art. 17 et le moyen de défense prévu à cet article ne peut être soulevé.

Les mots «l'aide à l'accomplissement d'un viol» sont un élément étrange de l'art. 17. Ils ont toujours figuré à cet article et aux articles qui l'ont précédé depuis l'adoption du premier *Code criminel* canadien en 1892. Ils viennent directement du *Draft Code* de 1879 qui était une annexe du *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences* publié au Royaume-Uni en 1879. Comme ces mots font partie de la loi, il faut leur attribuer un sens puisqu'on ne peut présumer qu'ils n'en ont pas, ou qu'on n'a pas voulu qu'ils en aient. Que signifiaient alors les mots «l'aide à l'accomplissement d'un viol» lorsqu'ils ont été employés dans le *Draft Code*

later enacted in law in the *Criminal Code* of Canada in 1892?

I have been able to find little Canadian authority to assist me in the resolution of this question. Scarcely more has been uncovered from English sources, but it is clear that in England in the nineteenth century, during a period in which the drafting of the *Draft Code* occurred, the concept of assisting in the commission of rape and the legal consequences of such conduct received attention in the courts. A person against whom a complaint of rape was made could be charged with the crime of rape as the actual perpetrator (principal in the first degree) or, if the facts warranted, he could be charged with aiding and assisting in rape (principal in the second degree). Regardless of how the charge was framed in this respect, he could be convicted of the crime of rape. The law in this particular had been clearly settled for many years. In Hale's *History of the Pleas of the Crown*, (1736), vol. 1, at pp. 626-636, the subject is dealt with and it is stated at p. 628:

If A. actually ravish a woman, and B. and C. were present, aiding and abetting, they are all equally principal, and all subject to the same punishment both at common law and since the statute of *Westm. 2 de quo infra*.

The nineteenth century position is illustrated in three cases: *R. v. Folkes and Ludds*²; *R. v. Gray and Wise*³ and particularly *R. v. Crisham*⁴.

The full report of the *Crisham* case is reproduced below. A marginal note, or headnote, in the following terms provides:

An indictment is good which charges that A. committed a rape, and that B. was present aiding and assisting him in the commission of the felony. In such a case the party aiding may be charged either, as he was in law, a principal in the first degree, or, as he was in fact, a principal in the second degree.

The report continues:

The indictment stated that one Peter M'Donough upon one Bridget Lamb did make an assault, and her the said Bridget Lamb violently, feloniously, and against her will did ravish, &c.; and went on to state that the prisoner

et adoptés ensuite dans le *Code criminel* canadien en 1892?

J'ai pu trouver bien peu de sources canadiennes pour m'aider à répondre à cette question. On n'en découvre guère plus en Angleterre, mais il est évident qu'au dix-neuvième siècle, en Angleterre, à l'époque où le *Draft Code* a été rédigé, les tribunaux ont examiné le concept de l'aide à l'accomplissement d'un viol et les conséquences juridiques de cette conduite. Une personne contre laquelle était portée une plainte de viol pouvait être accusée du crime de viol à titre d'auteur réel (auteur principal) ou, si les faits le justifiaient, elle pouvait être accusée d'avoir aidé à l'accomplissement d'un viol (complice). Peu importe la formulation de la plainte à cet égard, elle pouvait être trouvée coupable du crime de viol. Sur ce point, le droit était établi depuis longtemps. On le mentionne dans l'ouvrage de Hale, *History of the Pleas of the Crown*, (1736), vol. 1, aux pp. 626 à 636, où on dit, à la p. 628:

[TRADUCTION] Si A viole une femme et que B et C soient présents, l'aident et l'encouragent, ils sont tous également coupables et peuvent tous être également punis tant en vertu de la *common law* que selon la loi *Westminster 2* sur laquelle on reviendra plus loin.

Trois arrêts illustrent la situation telle qu'elle était au dix-neuvième siècle: *R. v. Folkes and Ludds*²; *R. v. Gray and Wise*³ et surtout *R. v. Crisham*⁴.

Le compte rendu complet de l'affaire *Crisham* est reproduit ci-dessous. Le sommaire se lit comme suit:

[TRADUCTION] Est valable un acte d'accusation qui inculpe A d'avoir commis un viol et B d'avoir été présent et d'avoir aidé à commettre un crime. Dans ce cas, celui qui a aidé peut être accusé comme auteur principal, ce qu'il était en droit, ou comme complice, ce qu'il était en fait.

Le compte rendu se poursuit:

[TRADUCTION] L'acte d'accusation énonce que Peter M'Donough s'est porté à des voies de fait sur Bridget Lamb, et a criminellement violé ladite Bridget Lamb contre sa volonté, etc.; l'acte ajoute que le prisonnier

² (1832), 1 Mood. 354.

³ (1835), 7 Car. & P. 164.

⁴ (1841), Car. & M. 187.

¹ (1832), 1 Mood. 354.

³ (1835), 7 Car. & P. 164.

⁴ (1841), Car. & M. 187.

was present, and feloniously aided and assisted the said Peter M'Donough in the commission of the said felony, contrary to the statute, &c. After a verdict of guilty—

Payne, for the prisoner, moved in arrest of judgment.—The indictment charges the prisoner with aiding and assisting M'Donough in the commission of a rape, contrary to the statute. Now, there not being any statutory provisions applicable to persons aiding and abetting in cases of this nature, I submit that the indictment is wrongly framed. The prisoner, in the absence of any express provision by statute, should have been indicted as at common law; and the indictment should have charged him as a principal, and stated that he, as well as M'Donough, ravished the prosecutor. In *Folke's* case, an indictment, charging the prisoner both as principal in the first degree, and as aiding and abetting other men in committing a rape, was held after conviction to be valid on the count charging the prisoner *as principal*. The statute of 9 Geo. 4, c. 31, which declares, in the 16th section, that every person, convicted of the crime of rape, shall suffer death, makes no specific provision as to aiders and abettors, with reference to that offence. The 7 & 8 Geo. 4, c. 29, and the 7 & 8 Geo. 4, c. 30, make provision for principals in the second degree, with reference to the felonies mentioned in them respectively; but the stat. 9 Geo. 4, c. 31, does not contain any such provision with respect to the offence of rape.

Maule, J.—Then your objection is, that the offence which has been committed is not stated in the indictment.

Payne.—My objection is, that the person is not charged, as he ought to have been, *as a principal*.

Rolfe, B.—Is he not so charged in the indictment? It alleges that M'Donough committed a rape, and the prisoner aided and assisted him. Is not that another way of saying that the prisoner committed a rape? [Emphasis added.]

Maule, J.—There does not appear to me to be any ground for the objection. It has been already decided that, in a case of this description, the party may be charged according to the fact, or indicted as a principal in the first degree.

The law as propounded in these cases, which recognize no difference between the principal in the first degree and the principal in the second degree, both being equally guilty of the crime charged, became well-settled in England as a part

était présent et qu'il a criminellement aidé ledit Peter M'Donough dans la perpétration dudit crime en violation de la loi etc. Après un verdict de culpabilité—

M. Payne, pour le prisonnier, demande de surseoir à l'exécution du jugement.—L'acte d'accusation reproche au prisonnier d'avoir aidé M'Donough à commettre un viol contrairement à la loi. Or, comme il n'y a aucune disposition législative qui s'applique aux personnes qui aident et encouragent à commettre un crime dans les cas de ce genre, j'estime que l'acte d'accusation est mal rédigé. Comme la loi ne prévoit aucune disposition expresse, le prisonnier aurait dû être inculpé suivant la *common law*; et l'acte d'accusation aurait dû l'inculper en tant qu'auteur principal et énoncer qu'il a violé la plaignante au même titre que M'Donough. Dans l'affaire *Folkes*, on a statué qu'un acte d'accusation inculquant le prisonnier tant à titre d'auteur principal qu'à celui d'avoir aidé et encouragé d'autres hommes à commettre un viol était valide après que le prisonnier eut été déclaré coupable à titre d'auteur principal. La loi 9 Geo. 4, chap. 31, qui prévoit à l'art. 16 la peine de mort pour quiconque a été déclaré coupable de viol, ne prévoit aucune disposition particulière à l'égard des personnes qui aident et encouragent à la perpétration de ce crime. 7 & 8 Geo. 4, chap. 29 et 7 & 8 Geo. 4, chap. 30 ont des dispositions à l'égard du complice relativement aux crimes qu'ils mentionnent respectivement; mais la loi 9 Geo. 4, chap. 31 ne comporte aucune disposition de ce genre relativement au viol.

Le juge Maule.—Votre objection porte donc que l'acte d'accusation n'énonce pas le crime qui a été commis.

M. Payne.—Mon objection porte que le prisonnier n'est pas accusé à titre d'auteur principal, comme il aurait dû l'être.

M. B. Rolfe.—N'est-ce pas à ce titre qu'il est inculpé à l'acte d'accusation? L'acte affirme que M'Donough a commis un viol et que le prisonnier l'a aidé. N'est-ce pas une autre façon de dire que le prisonnier a commis un viol? [C'est moi qui souligne.]

Le juge Maule.—L'objection ne me paraît pas fondée. On a déjà décidé que, dans un cas semblable, le prisonnier peut être accusé suivant les faits, ou inculpé à titre d'auteur principal.

Le droit énoncé dans ces décisions, qui ne font aucune différence entre l'auteur principal et le complice, puisqu'ils sont tous deux également coupables du crime qu'on leur impute, était admis en Angleterre comme une partie du fondement du

of the base upon which the *Draft Code* was prepared in 1879 and the *Criminal Code* of Canada was enacted in 1892. In *Chitty on Criminal Law*, 2nd ed., (1826), vol. 1, the following appears, at p. 255a:

A man may be a principal in one of two degrees. A *principal* in the *first degree* is he that is the actor or actual perpetrator of the crime; and in the *second degree*, he who is present aiding and abetting the fact to be committed. It is a question of *law* whether a person is guilty as a principal in the first or second degree.

Principals in the *second degree* were formerly denominated and regarded as only *accessaries at the fact*. And it seems that he who actually committed the crime was alone guilty as principal, and those who were present aiding and assisting, were but in the nature of accessaries, and could not be put upon their trial until the principal was first convicted. This distinction has, however, been long since exploded, and now the stroke is constructively given by all who consent and who are present at its infliction, and they may be put upon their trial though the actual slayer is neither outlawed nor found guilty. In order, however, to make the aiders and abettors thus highly culpable, three requisites must combine; they must be present—aiding and assisting—with a felonious intention to the felony. [Emphasis added.]

In Archbold's *Criminal Pleading & Practice*, 7th ed., (1860), vol. 1, at pp. 66-7, the following appears:

The law, however, recognizes no difference between the offence of the principal in the first degree, and of the principal in the second; both are equally guilty.

And so immaterial is the distinction considered in practice, that if a man be indicted as principal in the first degree, proof that he was present aiding and abetting another in committing the offence, although his was not the hand which actually did it, will support the indictment; and, on the other hand, if he be indicted as principal in the second degree, proof that he was not only present, but committed the offence with his own hand, will support the indictment. Therefore, if A. be indicted for being present, aiding and abetting B. in committing a felony, A. may be convicted, although B. is acquitted.

So, when an offence is punishable by a statute which makes no mention of principals in the second degree,

Draft Code rédigé en 1879 et du *Code criminel* canadien adopté en 1892. Dans *Chitty on Criminal Law*, 2^e éd., (1826), vol. 1, on peut lire, à la p. 255a:

[TRADUCTION] Un homme peut commettre un crime de deux façons. *L'auteur principal* est celui qui agit ou qui commet véritablement le crime; *le complice* est celui qui est présent, qui aide et encourage à le commettre. La question de savoir si une personne est coupable en tant qu'auteur principal ou en tant que complice est une question de *droit*.

Auparavant, on appelait ces *complices* et on ne les considérait que comme des *complices du fait* (*accessaries at the fact*). Il semble que celui qui commettait véritablement le crime était seul coupable à titre d'auteur principal, et ceux qui étaient présents et qui l'aidaient l'étaient d'une façon subsidiaire et ne pouvaient être renvoyés à leur procès avant que l'auteur principal ait d'abord été trouvé coupable. Cependant, on a depuis longtemps abandonné cette distinction, et maintenant, quiconque est présent au moment de la perpétration du crime et y consent est coupable par interprétation et peut être renvoyé à son procès même si l'assassin véritable n'est pas banni ni déclaré coupable. Cependant, pour que ceux qui aident à la perpétration du crime soient déclarés coupables, trois conditions doivent être remplies: ils doivent être présents, aider à la commission du crime, et avoir l'intention criminelle. [C'est moi qui souligne.]

Dans *Criminal Pleading & Practice* de Archbold, 7^e éd., (1860), vol. 1, aux pp. 66 et 67, on lit:

[TRADUCTION] Cependant, le droit ne fait pas de différence entre l'infraction de l'auteur principal et celle du complice; ils sont tous deux également coupables.

Et la distinction est si peu importante en pratique que si un homme est accusé comme auteur principal, la preuve qu'il était présent et qu'il a aidé et encouragé une autre personne à commettre l'infraction, même s'il ne l'a pas commise de ses propres mains, suffira à confirmer l'acte d'accusation. Par ailleurs, s'il est accusé comme complice, la preuve qu'il n'était pas seulement présent mais qu'il a commis l'infraction de ses propres mains suffira à confirmer l'acte d'accusation. Par conséquent, si A est accusé d'avoir été présent et d'avoir aidé et encouragé B à commettre un crime, A peut être déclaré coupable, même si B est acquitté.

Ainsi, lorsqu'une infraction est punissable en vertu d'une loi qui ne mentionne pas les complices, ceux-ci

such principals are within the meaning of the statute as much as the parties who actually commit the offence; and therefore, in the case of rape, a person may be convicted on an indictment charging him with being present aiding and abetting another who actually committed it. [Emphasis added.]

In Archbold's *Pleading & Evidence in Criminal Cases*, 20th ed., (1886), dealing with English law as it stood only a few years before the enactment of the *Criminal Code* of Canada, an example is given of an indictment charging the crime of rape, at p. 804. Of particular interest is a note which follows the form of the indictment in these terms:

An indictment is good which charges that A. committed a rape, and that B. was present aiding and abetting him in the commission of the felony; for the party aiding may be charged either as, as he was in law, a principal in the first degree, or, as he was in fact, a principal in the second degree. R. v. Crisham, C. & Mar. 187. A general conviction of a defendant charged both as principal in the first degree, and as an aider and abettor of other men in rape, is valid on the count charging him as principal. And on such an indictment, evidence may be given of several rapes on the same woman, at the same time, by the defendant and other men, each assisting the other in turn, without putting the prosecutor to elect on which count to proceed. R. v. Folkes, 1 Mood. C.C. 354; R. v. Gray, 7 C. & P. 164.

The relationship between a principal in the first and in the second degree applied in Canada, as well as England, in the latter part of the nineteenth century: see Clarke's *Criminal Law of Canada*, (1872), at p. 97. The modern position in this country is illustrated in *R. v. Harder*⁵. This case dealt with the sufficiency of an indictment alleging that "he did have carnal knowledge of V. B. a woman who was not his wife without her consent" when the Crown case was that he had not had sexual intercourse with the complainant but had aided others to do so. In allowing the Crown's appeal and restoring the conviction at trial the majority of the Court, in four separate judgments (Fauteux, Rand, Kellock, Locke JJ., Kerwin C.J. and Taschereau J. agreeing with Fauteux J. and

sont visés par la loi tout comme les personnes qui commettent effectivement l'infraction; par conséquent, dans le cas d'un viol, une personne peut être trouvée coupable sur une accusation d'avoir été présente et d'avoir aidé et encouragé une autre personne à la commettre. [C'est moi qui souligne.]

Dans *Pleading & Evidence in Criminal Cases* de Archbold, 20^e éd., (1886), qui traite du droit anglais en vigueur quelques années seulement avant l'adoption du *Code criminel* canadien, on trouve à la p. 804 un exemple d'un acte d'accusation de viol. Après la formule de l'acte d'accusation, une note rédigée comme suit nous intéresse particulièrement:

[TRADUCTION] *Est valable un acte d'accusation qui inculpe A d'avoir commis un viol et B d'avoir été présent et d'avoir aidé et encouragé à commettre un crime; celui qui a aidé peut être accusé comme auteur principal, ce qu'il était en droit, ou comme complice, ce qu'il était en fait. R. v. Crisham, C. & Mar 187. Une déclaration générale de culpabilité prononcée contre une personne accusée à la fois comme auteur principal d'un viol et comme complice d'autres hommes est valable sous le chef l'accusant d'en avoir été l'auteur principal. Sur cette inculpation, on peut faire la preuve de plusieurs viols de la même femme, en même temps, par l'accusé et d'autres hommes, chacun aidant les autres à tour de rôle, sans que la poursuite ait à choisir sur quel chef elle procède. R. v. Folkes, 1 Mood. C.C. 354; R. v. Gray, 7 C. & P. 164.*

Le rapport entre un auteur principal et un complice s'est appliqué au Canada comme en Angleterre à la fin du dix-neuvième siècle: voir *Criminal Law of Canada* de Clarke, (1872), à la p. 97. *R. c. Harder*⁵ illustre la position moderne dans ce pays. Cet arrêt traite de la validité d'un acte d'accusation qui allègue que [TRADUCTION] «il a eu une connaissance charnelle de V. B., une femme qui n'était pas son épouse, sans son consentement» alors que la poursuite a établi qu'il n'avait pas eu de rapports sexuels avec la plaignante mais qu'il avait aidé d'autres personnes à le faire. En accueillant le pourvoi de la poursuite et en rétablissant la déclaration de culpabilité prononcée au procès, la Cour à la majorité, dans quatre avis distincts (les juges Fauteux, Rand, Kellock et Locke, le juge en

⁵ [1956] S.C.R. 489.

⁵ [1956] R.C.S. 489.

Cartwright J. dissenting), reviewed the development of the law on this point and collected and discussed several of the authorities, which are cited above, covering the relationship of the principals in the first and second degrees particularly in reference to rape, and concluded that the law recognizes no difference in criminal culpability and liability between the ravisher and the assister in rape.

It is my opinion that the phrase "assisting in rape", if not in full and common usage in England in the late nineteenth century, was nevertheless an expression well-known in the law at the time of the drafting of the *Draft Code* and the enactment of the first *Criminal Code* of Canada. It was an expression descriptive of participation in rape and could include, and in its use in the *Criminal Code* was intended to include, the crime of rape whether committed by one acting as ravisher or by one who participated by assisting. In my view the phrase was never intended to include persons assisting to the exclusion of persons actually committing the crime of rape. Therefore, the words so used in s. 12 of the original *Code*, now s. 17, were thus intended to exclude and did exclude rape, however committed, from the scope of the defence of compulsion.

I do not consider that the view expressed above involves any straining of the meaning of the words employed in the *Criminal Code*. The word "assisting" is capable of various meanings and one of the most significant involves the element of participation. Reference to standard and authoritative dictionaries will reveal such definitions as "to aid or help, to be present at, to second and support, to further and promote an action or result, and to participate in an activity". It is interesting to note as well a judicial view on this question expressed in *Mensing v. O'Hara*⁶, at p. 50, where it was said that "The words 'assisted, aided and abetted' import either active participation or co-operation,

chef Kerwin et le juge Taschereau souscrivant à l'opinion du juge Fauteux, et le juge Cartwright étant dissident), a fait une revue de l'évolution du droit sur ce point et a cité et analysé plusieurs des décisions et commentaires précités, relativement au rapport entre l'auteur principal et le complice et touchant particulièrement le viol; elle a conclu que le droit ne fait aucune différence, du point de vue de la culpabilité et de la responsabilité criminelles, entre celui qui commet physiquement le viol et celui qui aide à le commettre.

Je suis d'avis que l'expression «aider à l'accomplissement d'un viol», si elle n'était pas d'un usage commun et répandu en Angleterre à la fin du dix-neuvième siècle, était néanmoins bien connue en droit à l'époque de la rédaction du *Draft Code* et de l'adoption du premier *Code criminel* canadien. C'était une expression décrivant la participation au viol et qui pouvait comprendre, et, dans son emploi au *Code criminel*, devait comprendre, le crime de viol, qu'il soit commis par celui qui agit physiquement ou par celui qui y prend part en aidant à le commettre. A mon avis, cette expression ne devait jamais comprendre les personnes qui aident à l'accomplissement d'un viol à l'exclusion des personnes qui le commettent réellement. Par conséquent, les mots employés à l'art. 12 du premier *Code*, maintenant à l'art. 17, devaient donc exclure, et ont effectivement exclu du domaine d'application de la défense de contrainte, le viol, quelle que soit la façon de le commettre.

Je ne crois pas que l'opinion que je viens d'exprimer déforme le sens des mots qu'emploie le *Code criminel*. Le mot «aider» peut avoir plusieurs sens et l'un des plus importants comporte l'élément de participation. La consultation de dictionnaires généraux qui font autorité donnera des définitions telles «assister, être présent à, seconder et appuyer, favoriser et promouvoir une action ou un résultat, et prendre part à une activité». On peut aussi noter avec intérêt l'opinion judiciaire exprimée sur ce point dans *Mensing v. O'Hara*⁶, à la p. 50, où on a dit que [TRADUCTION] «Les mots «a assisté, aidé et encouragé» indiquent une participation active ou la coopération, ou l'encouragement volontaire».

⁶ (1914), 189 Ill. App. 48.

⁶ (1914), 189 Ill. App. 48.

or intentional encouragement". It is in that sense that the words "assisting in rape" were employed in the *Draft Code* and in the *Criminal Code* in s. 17.

The Commissioners who drafted the *Draft Code* which was submitted to the Parliament of the United Kingdom in 1879 noted in Note A to page 10 of their report in commenting on the defence of compulsion, which they had included in the *Draft Code* in the same terms which now appear as s. 17 of the *Criminal Code*, that "there is no doubt on the authorities that compulsion is a defence where the crime is not one of a heinous character". By the exclusion of "assisting in rape" which was carried forward in the *Criminal Code* of Canada the Commissioners and the Parliament of Canada recognized that rape was an offence of that heinous character which warranted the exclusion from the defence of compulsion of any participation in its accomplishment. It would be illogical in the extreme to impute an intention to the drafters of the *Draft Code* and the *Criminal Code* of Canada to exclude aiders and abettors from reliance on the defence of compulsion while according it to actual ravishers, particularly when the law recognized equal culpability and equal punishment for both.

Why, it may be asked, was it necessary to employ the words "assisting in rape" in respect of that offence in s. 17 of the *Code*? In my opinion, the answer lies in the peculiar nature of the crime of rape. It is a crime which, as described in the *Criminal Code*, may only be committed by a male and then only upon a female not his wife. Nonetheless, others may be convicted of rape even though, for legal or physiological reasons, they may be incapable of committing the offence in fact. For example, see *R. v. Lord Baltimore*⁷, women indicted as principals in the second degree; *R. v. Audley (Lord)*⁸, husband convicted for assisting in the rape of his own wife; *R. v. Ram and Ram*⁹, woman indicted for rape as a principal in the second degree for aiding her husband; and see,

C'est dans ce sens que le *Draft Code* et l'art. 17 du *Code criminel* ont employé les mots «aide à l'accomplissement d'un viol».

Les commissaires qui ont rédigé le *Draft Code* déposé devant le Parlement du Royaume-Uni en 1879 ont souligné, dans la Note A de la page 10 de leur rapport, dans leur commentaire sur la défense de contrainte, qu'ils ont incluse au *Draft Code* dans les mêmes termes que ceux que l'on retrouve à l'art. 17 du *Code criminel* actuel, que [TRADUCTION] «la jurisprudence ne laisse aucun doute que la contrainte est un moyen de défense lorsque le crime n'est pas d'un caractère odieux». Par l'exclusion de «l'aide à l'accomplissement d'un viol» qu'a reprise le *Code criminel* canadien, les commissaires et le Parlement canadien ont reconnu que le viol est une infraction ayant le caractère odieux qui oblige à nier la défense de contrainte en cas de participation à son accomplissement. Il serait illogique au plus haut point d'attribuer aux rédacteurs du *Draft Code* et du *Code criminel* canadien l'intention de nier, aux personnes qui aident et qui encouragent un viol, la défense de contrainte tout en l'accordant aux personnes qui commettent effectivement un viol, en particulier lorsque la loi reconnaît dans les deux cas la même culpabilité et le même châtiment.

On peut se demander pourquoi il était nécessaire d'employer les mots «aide à l'accomplissement d'un viol» relativement à cette infraction dans l'art. 17 du *Code*. A mon avis, la réponse se trouve dans la nature particulière du viol. Suivant le *Code criminel*, le viol est un crime qui ne peut être commis que par une personne de sexe masculin, contre une femme qui n'est pas son épouse. Néanmoins, d'autres personnes peuvent être déclarées coupables de viol même si, pour des raisons d'ordre légal ou physiologique, elles peuvent être incapables de commettre effectivement l'infraction. Par exemple, dans *R. v. Lord Baltimore*⁷, des femmes inculpées comme complices; dans *R. v. Audley (Lord)*⁸, un mari déclaré coupable d'avoir aidé au viol de son épouse; dans *R. v. Ram and Ram*⁹, une

⁷ (1768), 4 Burr. 2179.

⁸ (1631), St. Tr. 401.

⁹ (1893), 17 Cox C.C. 609.

⁷ (1768), 4 Burr. 2179.

⁸ (1631), St. Tr. 401.

⁹ (1893), 17 Cox C.C. 609.

as well, *R. v. Eldershaw*¹⁰ where it was considered that a boy under fourteen could not be found guilty of rape except as a principal in the second degree. It is this feature of rape which distinguishes it from the other offences which are excluded from the defence of compulsion provided for in s. 17 of the *Code*. In the other offences all persons who have the capacity to attract criminal liability may commit and be convicted of the excluded offences. In rape, however, certain persons can be convicted of rape only as aiders and to exclude from the defence all those who in law could be guilty of and convicted of rape it was necessary to employ the concept of assisting, as it forms the sole basis of guilt for some persons. There can be no doubt in my mind that by including a reference to rape in s. 17 of the *Code* the Parliamentary intent was to exclude it from the defence. The use of the words "assisting in rape" was designed to broaden, rather than to restrict the exclusion, and to bring into the exclusion from the defence those whose liability depended upon assisting in the commission of rape, as well as the rapers in fact.

Whatever the rationale behind the use of the words in the *Criminal Code*, it is evident that since their introduction into the *Code* it has been the view of high legal authority in this country that the words were broad enough to include rape. In the first edition of *Crankshaw's Criminal Code* (1894), at p. 13, under the heading "Compulsion by Force", in a discussion of the effect of the then s. 12, now s. 17, the following appears:

Although the law will not excuse the commission of any of the above excepted offences—such as murder, piracy, rape, arson—done under compulsion [*sic*] by threats even of immediate death, it will be different with a person who is not a free agent physically, but who is subjected—not to threats operating on his mental faculties—but to actual physical force exercised without or against his consent by a third party at the time of the act being done.

femme accusée de complicité de viol pour avoir aidé son mari; voir aussi *R. v. Eldershaw*¹⁰, où l'on a décidé qu'un garçon de moins de quatorze ans ne pouvait être déclaré coupable de viol sauf s'il était complice. C'est cet aspect du viol qui le distingue des autres infractions qui sont exclues de la défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code*. Dans les autres infractions, toute personne susceptible de responsabilité criminelle peut commettre les infractions exclues et en être déclarée coupable. Pour le viol cependant, certaines personnes peuvent être déclarées coupables uniquement pour avoir aidé à le commettre, et pour nier ce moyen de défense à toutes les personnes qui, en droit, peuvent commettre un viol et en être déclarées coupables, il était nécessaire d'employer le concept d'aide, qui constitue pour certaines personnes le seul fondement de culpabilité. Je suis convaincu qu'en mentionnant le viol à l'art. 17 du *Code*, l'intention du législateur était de nier ce moyen de défense en cas de viol. L'emploi des mots «aide à l'accomplissement d'un viol» visait à élargir plutôt qu'à restreindre l'exception et à nier ce moyen de défense aux personnes dont la responsabilité vient de ce qu'elles ont aidé à l'accomplissement d'un viol comme à ceux qui ont effectivement commis le viol.

Quelle que soit la raison de l'emploi de ces mots au *Code criminel*, il est clair que depuis qu'ils figurent au *Code*, nos tribunaux et nos auteurs reconnus ont été d'avis que ces mots sont suffisamment larges pour comprendre le viol. Dans la première édition du *Crankshaw's Criminal Code* (1894), à la p. 13, sous la rubrique [TRADUCTION] «Contrainte par la force», dans une analyse de l'effet de ce qui était alors l'art. 12, maintenant l'art. 17, on lit:

[TRADUCTION] Même si la loi n'excuse pas la perpétration d'aucune des infractions exclues ci-dessus, telles le meurtre, la piraterie, le viol et le crime d'incendie, commises sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces, même de mort immédiate, il en sera autrement dans le cas d'une personne qui n'est pas libre physiquement mais qui est l'objet, non de menaces appliquées à ses facultés mentales, mais d'une force physique réelle exercée sans ou contre son consentement par une autre personne au moment où l'acte est commis.

¹⁰ (1828), 3 Car. & P. 396.

¹⁰ (1828), 3 Car. & P. 396.

These words, or others of similar import, appeared in subsequent editions of the *Code* down to the seventh edition published in 1959, and this fact strengthens my view that the words were considered to have the effect of excluding rape from the defence of compulsion.

It is, therefore, unnecessary to consider if there was sufficient evidence of compulsion to leave the case to the jury as, in my view, it was an error in any event to do so. I would accordingly dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Norm A. Cuddy, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Manitoba, Winnipeg.

Ces mots, ou d'autres mots de même sens, sont apparus dans les éditions subséquentes du *Code* jusqu'à la septième édition publiée en 1959, et ce fait renforce mon opinion que ces mots devaient avoir pour effet de nier la défense de contrainte dans les cas de viol.

Il est donc inutile d'examiner si la preuve de la contrainte était suffisante pour être soumise au jury puisqu'à mon avis, c'était une erreur que de la soumettre. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'un nouveau procès par la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Norm A. Cuddy, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.